

DEBATES SOBRE LA AUTONOMÍA Y EL CONSENTIMIENTO EN LOS MATRIMONIOS FORZADOS *

Some Debates on Autonomy and Consent in Forced Marriages

Noelia IGAREDA GONZÁLEZ

Universidad Autónoma de Barcelona
noelia.igareda@uab.cat

Fecha de recepción: 25/04/2013

Fecha de aceptación: 22/07/2013

RESUMEN

Los matrimonios forzados es un fenómeno que aparece ligado a la migración, y se percibe como una práctica cultural dañina y opresora para las mujeres. Es una cuestión poco conocida en España, pero no en otros países europeos que cuentan con una más larga experiencia en cuestiones migratorias y gestión de la multiculturalidad. En Europa unas veces se ha vinculado los matrimonios forzados a un problema migratorio, otras veces religioso, en ocasiones se entiende como una violación de derechos humanos y otras veces como una forma de violencia de género. Dependiendo de cuál es el diagnóstico y la explicación de este fenómeno, varía la forma en la que el derecho lo regula. Pero en casi todo el abanico de respuestas por parte del Estado, aparecen problemas comunes como son el papel del consentimiento de los cónyuges, la institución matrimonial tal y como está regulada en nuestro ordenamiento jurídico y la autonomía de la voluntad de las mujeres.

Palabras clave: matrimonios forzados, consentimiento, autonomía.

ABSTRACT

Forced marriages is a phenomenon that appears linked to migration, and it is understood as a negative cultural practice for women. It is a little known issue in Spain, but not in other European countries that have a longer experience in migration issues and management of multiculturalism. In Europe, sometimes forced marriages have been associated with a migration problem, at other times to a religious one, eventually it has been understood as a violation of human rights or as a form of gender violence. Its legal regulation depending on the diagnosis and explanation of this phenomenon. But in almost all the range of the State's answers there are some common problems such as the role played by the consent of the spouse, the institution of marriage as it is regulated in our legal system, and the women's autonomy.

Key words: forced marriages, consent, autonomy.

* Este artículo ha sido elaborado en el marco del proyecto europeo MATRIFOR: "Approaching new forms of trafficking in human beings in Europe", financiado por el Programa Prevention of and Fight Against Crime, Unión Europea (2012-2015) (ref. HOME/2011/isec/ag/thb/4000002247).

1. INTRODUCCIÓN: EL PROBLEMA DE LOS MATRIMONIOS FORZADOS

Los matrimonios forzados son aquellos en los que al menos uno de los contrayentes ha sido forzado, física o psicológicamente, a contraer matrimonio. La mayoría de las veces esta coacción proviene del entorno familiar de la víctima.

Los matrimonios forzados son una práctica arraigada en ciertas comunidades del Norte de África, Oriente próximo y Oriente medio, Asia meridional, América Latina y ciertos colectivos de etnia gitana. Se asocia con la pobreza y con zonas rurales. En los casos de matrimonios forzados desobedecer los designios de la familia se asocia con un ataque al honor familiar¹.

Diferentes son los matrimonios pactados, donde las familias de los contrayentes han sido quienes han pactado el matrimonio, generalmente cuando los cónyuges era niños/as, pero en este caso, los esposos aceptan y consienten en casarse². También se trata de un caso diferente, los matrimonios simulados (o también denominados de conveniencia o en fraude de ley), donde los cónyuges se casan libremente pero persiguiendo finalidades diferentes a las asignadas comúnmente a la institución matrimonial (cuando se utiliza el matrimonio, por ejemplo, para conseguir la nacionalidad de forma más rápida, para conseguir un determinado beneficio económico, para regularizar la situación administrativa de uno de los cónyuges, o incluso para poder entrar en un determinado territorio nacional a través de la reagrupación familiar).

Es difícil definir qué es un matrimonio de conveniencia o en fraude de ley porque el matrimonio tiene un significado cultural e histórico diferente y cambiante. En nuestra sociedad actual, se interpreta que el matrimonio es una institución cuya finalidad es compartir un proyecto de vida en común, y se presupone el amor mutuo como fundamento de este proyecto vital compartido³. Pero esta visión del matrimonio romántico⁴, es una concepción relativamente reciente de nuestra historia, que está plagada de matrimonios por conveniencia económica, política e incluso de matrimonios por razones de estado⁵.

En ocasiones se incluye en la definición de matrimonios forzados los matrimonios forzosos sobrevenidos: aquellos inicialmente contraídos de forma voluntaria

1. ELVIRA BENAYAS, M. J., "Matrimonios forzosos", *Anuario de Derecho Internacional privado*, n.º 10, 2010, pp. 707-715.

2. HEATON QC, C.; MCCALLUM, L.; JOGI, R., *Forced Marriage*, Bristol, Family Law, 2009, p. 2.

3. COONTZ, S., *Historia del matrimonio: cómo el amor conquistó el matrimonio*, Barcelona, Gedisa, 2006.

4. Aunque el amor no tiene ninguna relevancia en el matrimonio civil en nuestro ordenamiento jurídico, tal y como señala BRIONES MARTÍNEZ, I. M., "Los matrimonios forzados en Europa. Especial referencia a Francia, Dinamarca, el Reino Unido, Alemania y Noruega", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 20 (2009), p. 4.

5. Vid. por ejemplo PATEMAN, C., *El contrato sexual*, Barcelona, Anthropos, 1995; JÓNAS-DÓTTIR, A. G., *El poder del amor: ¿le importa el sexo a la democracia?*, Madrid, Cátedra, 1993.

pero que no pueden ser disueltos pues mediante la coacción se obliga a uno o ambos cónyuges a permanecer juntos.

El fenómeno de los matrimonios forzados aparece en Europa, vinculado a la existencia de comunidades migratorias de las áreas geográficas anteriormente señaladas donde el matrimonio forzado es frecuente. Ha sido objeto de preocupación política, y de actuación legal específica en algunos países como Reino Unido, Alemania, Suiza, Noruega, Dinamarca o Francia⁶. En España no ha recibido tanta atención política, a pesar de que la población extranjera es una de las más numerosas en la Unión Europea⁷.

No se tienen datos sobre la prevalencia de los matrimonios forzados en Europa. Tan solo se cuentan con algunos datos recogidos en estudios cuantitativos limitados a determinados países o territorios europeos⁸. A nivel de la Unión Europea (UE), se ha estimado que alrededor del 20 por ciento de los matrimonios musulmanes en la UE eran matrimonios forzados⁹.

En España se cuenta sólo con datos policiales de la Comunidad Autónoma de Cataluña¹⁰, ya que los matrimonios forzados no constituyen un delito específico, y las pocas veces que llegan a denunciarse, se recogen como delitos de coacciones, agresiones sexuales o secuestro.

2. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LA INSTITUCIÓN MATRIMONIAL

En el matrimonio, el “*iusnubendi*”, es un derecho personal, que faculta cómo organizar la intimidad pero al mismo tiempo aspira a que la relación así constituida tenga transcendencia social, y que los demás se comporten teniendo en cuenta esta relación.

El matrimonio resulta un cauce de expresión de la personalidad propia, y en principio, bastaría la autonomía privada. Pero las consecuencias del matrimonio

6. *Vid.* Por ejemplo BRIONES MARTÍNEZ, I. M., *op. cit.*

7. Actualmente existe la intención de crear un nuevo delito específico de matrimonios forzados, como un delito especial de coacciones (previsto en el artículo 172bis), tal y como aparece en el proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

8. Se ha calculado según los datos recogidos por las instituciones nacionales y las organizaciones locales que la prevalencia nacional de matrimonios forzados en Inglaterra en 2008 era entre 5.000 y 8.000 (Fuente: KAZIMIRSKI *et al.*, *Forced marriage: prevalence and service response*, London, National Centre for Social Research, n.º 29, 2009).

9. Datos europeos: la Comisión Europea respondió a una Pregunta E-8990/2010, estimando que alrededor del 20% de los matrimonios musulmanes en la Unión Europea eran matrimonios forzados.

10. En 2010, los Mossos d'Esquadra contabilizaron 8 casos de niñas menores de 18 años víctimas de matrimonios forzados y 7 mujeres. Estos casos se recogen como formas de violencia de género en el ámbito socio comunitario de acuerdo con la Ley catalana 5/2008 sobre el derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista.

en otros ámbitos (patrimonial, vecindad civil, etc.) obligan a una regulación legal más allá del ejercicio de esta autonomía privada¹¹.

En la sociedad actual el derecho a formar una familia es independiente del derecho a contraer matrimonio, aunque en algunos instrumentos jurídicos internacionales sean derechos parejos¹². De ahí que en nuestra Constitución el derecho a contraer matrimonio aparezca como un derecho en el artículo 32 y la familia sea una institución digna de protección por parte de los poderes públicos en el artículo 39.

El matrimonio aparece regulado en nuestro ordenamiento jurídico como un contrato, y es en el ámbito contractual es donde el grado de autonomía es más amplio. Sin embargo en cuestiones personales o de la familia, como en el contrato matrimonial, el grado de autonomía no es tan amplio. El Estado impone aquí unas normas que pueden verse como una limitación de la autonomía de la voluntad en aras del interés público.

El Estado puede proteger ese interés general estableciendo condiciones de capacidad (por ejemplo en el caso del matrimonio estableciendo la edad mínima para contraer matrimonio¹³, como es el caso actual de los 14 a 16 años con dispensa judicial, y de los 16 a los 18 años con autorización de los progenitores¹⁴), protegiendo el interés general (por ejemplo el art. 1814 del Código Civil, sustrae ciertas cuestiones, entre ellas el matrimonio, de posibles objeto de transacciones ente los particulares¹⁵), protegiendo a terceros (por ejemplo, exigiendo la inscripción del matrimonio en el Registro Civil, tal y como establece el artículo 61 del Código Civil¹⁶) y también mediante la protección de la legalidad vigente (a través de las previsiones en los casos de fraude de ley y actos “contra legem”).

De esta forma, la autonomía privada se enmarca en el artículo 18 Constitución española, cuyo límite son los derechos fundamentales de los otros integrantes del grupo familiar. Igualmente, la Ley Orgánica 1/82 de mayo, de protección civil

11. ARECHEDERA ARANZADI, L. I., *El consentimiento matrimonial. Comentario al artículo 45 del Código Civil*, Pamplona, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 1989, pp. 29-30.

12. GARCÍA RODRIGUEZ, I., *Matrimonio e Inmigración. El control del consentimiento matrimonial en la reagrupación familiar*, Madrid, Colex, 2008, pp. 36.

13. Actualmente se está debatiendo elevar la edad mínima de consentimiento matrimonial en España a los 16 años. En el recientemente aprobado Plan de Infancia y Adolescencia 2013-2016 se prevé la modificación del Código Civil al respecto.

14. Artículo 46. Código Civil.

15. Artículo 1814. Código Civil:

“No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros”.

16. Artículo 61. Código Civil

“El matrimonio produce efectos civiles desde su celebración. Para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria su inscripción en el Registro Civil.

El matrimonio no inscrito no perjudicará los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas”.

al honor, a la intimidad personal y familiar, estipula estas excepciones de interés público en el que el Estado puede interferir (artículo 8¹⁷).

Se ha interpretado que ese interés público puede ser todo aquel establecido por ley, y además la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás¹⁸.

En el ordenamiento jurídico español, el matrimonio debidamente celebrado produce los mismos derechos y deberes para ambos cónyuges (artículos 61-66 del Código Civil), y está contemplado la separación y divorcio, así como la nulidad en algunos supuestos (artículo 73 Código Civil).

3. EL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL Y LA EDAD MÍNIMA PARA CONTRAER MATRIMONIO

Es difícil hablar de un consentimiento libre y pleno en el matrimonio¹⁹. El parámetro de medida es un individuo autónomo, independiente, racional, que está por encima de condicionantes de clase, género y raza²⁰. No sólo las mujeres extranjeras están en una situación de desigualdad social, económica y de género como para dudar de que se encuentran en una situación de verdadera libertad e igualdad para prestar libre y conscientemente su consentimiento matrimonial. También la situación de desigualdad, subordinación y opresión de muchas mujeres en nuestra sociedad actual, debería llevarnos también a dudar de su plena capacidad para consentir libremente en el matrimonio²¹. La institución familiar ha sido hasta hace bien poco, la única opción de vida posible para la mujer, para

17. Artículo octavo. Ley Orgánica 1/82 de mayo, de protección civil al honor, a la intimidad personal y familiar

“Uno. No se reputará, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante.”

18. GARCÍA RODRIGUEZ, I., *op. cit.*, pp. 106-108.

19. Sería interesante realizar un análisis de la consideración por parte de nuestro derecho del consentimiento y la autonomía de las mujeres en los casos del matrimonio, el aborto, o como paciente. Pero dicho análisis excede los objetivos y la extensión máxima de este artículo.

20. *Vid.* por ejemplo las críticas al sujeto autónomo y ciudadano del Estado de derecho que nace de la Ilustración y en el que se basan las teorías contractualistas en autoras/es como RUBIO, A.; HERRERA, J. (coord.), *Lo público y lo Privado en el contexto de la Globalización*, Sevilla, Instituto Andaluz de la Mujer, 2006; AGRA, M.ª X., «Multiculturalismo, justicia y género» en AMORÓS, C. (ed.): *Feminismo y Filosofía*. Síntesis. Madrid, 2000, pp. 135-164. AMORÓS, C., “Hongos hobbesianos, setas venenosas”, *Mientras Tanto*, 48, 1992, pp. 59-67.

21. *Vid.* por ejemplo las críticas a la institución matrimonial de PATEMAN, C. *op. cit.*; OKIN, S. M., *Justice, Gender and the Family*, S. I., Basic Books, 1989; o MACKINNON, C., *Feminismunmodified: discourses on life and law*, Cambridge, Harvard University Press, 1987.

poder gozar de reconocimiento como ciudadana y ser digna de protección legal, aparte de la vida religiosa²².

Otra cuestión también problemática del consentimiento es el momento, porque en el caso de los matrimonios forzados, la atención legal se centra en observar si hubo un consentimiento libre en el momento de contraer matrimonio, pero muchas mujeres no pueden salir de los matrimonios, que devienen por tanto en forzados, tras ingresar en una vida marital donde se ejerce un férreo control sobre sus roles de género, donde se encuentran con grandes dificultades para divorciarse (por amenazas familiares si lo haces sobre su persona, sobre los hijos/as, sobre miembros de su familia o por su situación de dependencia económica que las hace muy difícil emprender una vida solas) o cuando los controles migratorios funcionan como instrumentos de sometimiento (condicionando por ejemplo el acceso a determinados permisos de residencia y trabajo, o derecho de reagrupación familiar, y a la permanencia en el matrimonio durante un periodo mínimo de tiempo).

Igualmente es importante destacar que en la aproximación legal y social a los matrimonios forzados, se está presuponiendo siempre que el matrimonio debería ser por amor, como ideal de la institución matrimonial y heterosexual²³. En ningún lugar en nuestro ordenamiento jurídico se exige que el matrimonio debe ser por amor. Es más, incluso el matrimonio ha sido objeto de una interpretación flexible desde su consagración en el texto constitucional²⁴.

El establecimiento de una edad mínima para prestar consentimiento matrimonial se desvincula de la simple posibilidad de tener hijos/as, y tiene que ver con la edad que se cuenta con suficiente madurez mental y psíquica para asumir las responsabilidades de la institución matrimonial. Lo cual sorprende con el requisito de edad mínima del ordenamiento jurídico español, a partir de 14 años con dispensa judicial y a partir de los 16 años hasta los 18 en la que se alcanza la mayoría de edad, con autorización de los padres²⁵. Alguien mayor de 14 años puede casarse, y sin embargo, no puede contratar²⁶.

En España esta cuestión ha sido criticada por el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas a través de las “Observaciones finales sobre aplicación

22. Vid. por ejemplo la importancia del matrimonio en la historia de las mujeres en NASH, M., *Mujeres en el mundo: historia, retos y movimientos*, Madrid, Alianza, 2004.

23. GILL, A. K. and ANITHA, S., *Forced marriage. Introducing a social justice and human rights perspective*, London and New York, Zed Books, 2011, pp. 26-27.

24. Vid. por ejemplo la reforma del Código civil que permitió el matrimonio de personas del mismo sexo LEY 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

25. En el momento de finalizar este artículo aparece en los medios de comunicación la intención de modificar el Código Civil español como se ha mencionado previamente para elevar esa edad mínima a 16 años (<http://www.europapress.es/epsocial/politica-social/noticia-gobierno-estudiara-reformar-codigo-civil-elevar-14-16-anos-edad-consentimiento-casarse-20130405102012.html>)

26. ARECHEDERA ARANZADI, L. I. *op. cit.*, pp. 65-66.

de los Derechos de los Niños”, que recomienda elevar al menos esta edad hasta los 16 años²⁷.

Sorprende esta importante diferencia entre la edad exigible en nuestro ordenamiento jurídico para consentir libremente en el matrimonio, y la edad en la que se adquiere plena capacidad jurídica, y se reconoce, por tanto, que el individuo ha alcanzado una madurez intelectual como para dotar de transcendencia jurídica sus actos y manifestaciones de voluntad. Las obligaciones, derechos y consecuencias derivadas de la institución matrimonial son de gran relevancia en la vida de las personas como para no exigir plena madurez intelectual. La edad de 14 ó 16 años, responde a una visión anacrónica del consentimiento de las personas para acceder al matrimonio. Durante mucho tiempo, se permitía incluso una edad inferior de la mujer para contraer matrimonio. Se debía al diferente rol de género y papel de la mujer que se esperaba dentro de la institución familiar, y también a las dificultades en reconocer a la mujer como un sujeto con plena capacidad de obrar²⁸.

Los matrimonios forzados también son frecuentes en los casos en los que los cónyuges o uno de los cónyuges es menor de edad. Y esta mayor frecuencia se debe a que culturalmente se entiende que los individuos ya han alcanzado la madurez para formar una familia y tener hijos (por lo tanto la edad común para casarse se acerca más a la pubertad y al inicio del periodo vital fértil). También las personas menores de edad tienen menos recursos, y es más probable, que no opongan resistencia en cumplir los designios de las familias.

4. LAS DIFERENTES RESPUESTAS LEGALES A LOS MATRIMONIOS FORZADOS Y LOS PROBLEMAS CON LA AUTONOMÍA DE LAS MUJERES

Las respuestas estatales al fenómeno de los matrimonios forzados ha sido variada en los diferentes países europeos donde los matrimonios forzados han aparecido en la agenda política. Dichas respuestas han optado unas veces por abordar los matrimonios forzados como un problema puramente migratorio, o un fenómeno asociado a ciertas religiones, otras veces como una violación de derechos humanos, en ocasiones como una forma de violencia de género, o también como una utilización fraudulenta de la institución matrimonial.

Algunos países europeos han combinado varios de estos puntos de vista en el diagnóstico del problema y, por tanto, las respuestas legales a veces han sufrido

27. El debate actual en España sobre la necesidad de elevar la edad mínima para contraer matrimonio está más relacionada con la edad mínima para mantener relaciones sexuales libres y consentidas que con el problema de los matrimonios forzados.

28. Es necesario recordar que hasta la reforma del Código civil en 1981, mediante Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. no se igualó jurídicamente a la mujer como sujeto con plena capacidad de obrar en el ordenamiento jurídico español.

cierta evolución, o han combinado diferentes instrumentos jurídicos de respuesta (desde leyes migratorias, hasta legislación civil y/o penal). Un elemento problemático en casi todas estas respuestas es el papel concedido a la autonomía de las mujeres víctimas de los matrimonios forzados.

Las actuaciones legales en materia de matrimonios forzados son válidas, pero con los recelos que despierta la historia legal: su incapacidad de respetar la voluntad y autonomía de las mujeres²⁹ y la construcción de un perfil de víctimas de determinados delitos³⁰, reforzando determinados estereotipos y roles de género (por ejemplo, el de una mujer sumisa, pasiva, sin apenas educación en el caso de matrimonios forzados, o que debe ofrecer realmente resistencia en el caso de delitos sexuales)³¹.

“La autonomía de las mujeres se ejerce en un contexto de numerosas fuerzas coercitivas, incluyendo las construcciones acerca de la feminidad o ciertas formas de socialización”³²

Autoras como Gill y Anita³³ critican que las nuevas formas de abordar los matrimonios forzados desde los poderes públicos, suelen resultar en detrimento de actuaciones preventivas. Por ejemplo, en el Reino Unido se han desarrollado más instrumentos legales para que las mujeres denuncien, pero después los jueces ponen en juego la vida de las mujeres, imponiendo un régimen de visitas de los hijos/as al marido. O mayores intervenciones criminales han ido acompañadas de reducciones en recursos de apoyo económico de mujeres en estas situaciones de violencia, o de casas de acogida.

Las actuaciones legales y políticas, unas veces se limitan a intervenir en el momento de “entrada” en el matrimonio forzado (por ejemplo mediante las leyes sobre inmigración, o la elevación edad de consentimiento), y otras veces sobre el momento de salida (por ejemplo la política del Reino Unido sobre matrimonios

29. Ver por ejemplo algunas de las críticas feministas al derecho en España y en el ámbito internacional en BODELON, E., “Género y Derecho” en AÑÓN, M. J.; CALVO, M.; BERGALLI, R.; CASANOVAS, P. (eds.), *Derecho y Sociedad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, pp. 637-654; FACIO, A.; FRIES, L., *Género y Derecho*, Santiago de Chile, Lom Ediciones; GIL RUIZ, J. M., *Los diferentes rostros de la violencia de género*, Madrid, Dyckinson, 2008; MACKINNON, C. *op. cit.*; RUBIO, A., “Igualdad y diferencia. ¿Dos principios jurídicos?”, *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año n.º 2, n.º 4, 1995, pp. 259-286; PITCH, T., *Un derecho para dos: la construcción jurídica del género, sexo y sexualidad*. Madrid, Trotta, 2003.

30. Ver por ejemplo AGUILERA RULL, A., “La actualidad del análisis feminista del derecho al hilo de pronunciamientos judiciales recientes”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 46 (2012), pp. 183-209.

31. GILL, A. K. and ANITHA, S. *op. cit.*, p. 11.

32. Traducción de la autora de:

“Women’s agency is always exercised in the context of a number of coercitive forces, including constructs of femininity and specific forms of socialisation” GILL, A.K. and ANITHA, S. *op. cit.*, p. 53

33. GILL, A. K. and ANITHA, S. *op. cit.*, p. 47.

forzados) sin tener en cuenta suficientemente las razones de poder y la subordinación que representa la violencia de género continua los matrimonios forzados³⁴.

4.1. Los matrimonios forzados como un problema religioso

Los matrimonios forzados no pueden justificarse en razones religiosas. La mayoría de las religiones exigen un consentimiento libre para casarse: es así en el cristianismo, el judaísmo, el hinduismo, en los musulmanes y los sijs³⁵. Además diversos autores han demostrado que los matrimonios forzados van en contra de los preceptos del Islam³⁶ o de los Sijs³⁷. Y que los matrimonios forzados varían según la clase social, la casta, la religión y el nivel económico³⁸.

Muchas veces se ha criticado que ciertas actuaciones estatales frente a los matrimonios forzados eran actuaciones claramente xenófobas, o manifestaciones de una islamofobia acentuada tras los sucesos del 11 de septiembre 2011³⁹.

También han jugado un importante papel en este sentido los medios de comunicación, que a menudo presentan prácticas de otras culturas, como terriblemente aberrantes, sobre todo aquellas que tienen que ver con la sexualidad de las mujeres y/o cuando ocurren en grupos inmigrantes (por ejemplo los matrimonios forzados, etc.)⁴⁰.

4.2. Los matrimonios forzados como un problema migratorio

Cuando los matrimonios forzados se entienden como un problema del multiculturalismo, se asocia a un problema cultural, de determinadas comunidades, que no puede cambiarse, y del que hay que liberar a sus víctimas de esas “prácticas culturales dañinas”. Sucede así en los matrimonios forzados, en la mutilación genital femenina, o en los crímenes por honor, como puede ser la desfiguración del rostro de las mujeres con ácido, o incluso los asesinatos para lavar o salvar el honor familiar mancillado. En cambio, no se entiende como prácticas cultura-

34. GILL, A. K. and ANITHA, S., *op. cit.*, pp. 40-41.

35. HEATON QC, C.; McCALLUM, L.; JOGI, R., *op. cit.*, pp. 139.

36. CAROLL, L.; “Arangedmariages: Law, Custom and the Muslim Girl in the UK”, *Women living Under Muslim Law Dossier*, 20, 1988, pp. 168.

37. SHAN, S. :*In my own name*, London, Women’s Press, 1991.

38. GILL, A. K. and ANITHA, S., *op. cit.*, pp. 30-31.

39. SHARIFF, F., “Towards a Transformative Paradigm in the UK Response to Forced Marriage: Excavating Community Engagement and Subjectivising Agency”, *Social and Legal Studies*, 21 (4), 2012, pp. 549-565.

40. JAGGAR, A.M., “Saving Amina: Global Justice for Women and Intercultural Dialogue”, *Ethics and International Affairs*, Volume 19, issue 3, pp. 55-75, december 2005.

les dañinas otras formas de violencia de género como las violaciones o el acoso sexual en nuestra sociedad, que en ningún momento se etiquetan de esta forma.

Como ya se ha señalado, la asociación de los matrimonios forzados a crímenes de honor, refuerza también los estereotipos culturales. ¿Qué sociedad no actúa también bajo códigos de honor?. También en nuestra sociedad se producen asesinatos de mujeres que deciden separarse de sus maridos (“antes muerta que sin mí”), tradicionalmente se obligaba a casarse a las mujeres cuando se quedaban embarazadas de solteras, etc.⁴¹.

Con los matrimonios forzados aparecen las tensiones entre la necesidad de proteger la identidad cultural, el respeto a la diversidad de los ordenamientos jurídicos, y el respeto a unos derechos fundamentales, con vocación universal, pero que han sido sujetos a diferentes interpretaciones en cada ordenamiento jurídico, con lo que su vocación universal ha quedado mermada⁴².

“Una cosa es aceptar el relativismo cultural de los derechos humanos y otra bien distinta es aceptar con todas sus consecuencias el relativismo jurídico (...) El Estado se encuentra presionado desde arriba por los Derechos humanos y desde abajo por el respecto de la identidad cultural de los inmigrantes”⁴³.

En los países occidentales, la intervención estatal ante los problemas que plantea los matrimonios forzados empieza y termina con su prohibición legal, incluso, con su tipificación como delito penal específico. La prohibición de los matrimonios forzados tiene su fundamento en que constituyen “prácticas culturales dañinas”, que contravienen una visión política liberal que trata de maximizar las libertades individuales⁴⁴. En estos casos, la prohibición legal de los matrimonios forzados tiene su justificación en la repugnancia que provoca en la sociedad determinados comportamientos humanos, que se considera perjudiciales para la sociedad en su conjunto, independientemente de que no afecten a terceros, o que incluso, las víctimas no sean conscientes y/o quieran denunciar, y aunque aparentemente hayan “consentido”⁴⁵.

41. GILL, A. K. and ANITHA, S. *op. cit.*, pp. 33.

42. *Vid.* las tensiones entre la multiculturalidad y modelo asimilacionista de la política migratoria en general de el nuevo modelo de Estado de seguridad y control en Europa que describen RUBIO CASTRO, A. y MOYA ESCUDERO, M., “La ciudadanía en Europa y el fenómeno migratorio: nuevas desigualdades y servidumbres voluntarias”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 45 (2011), pp. 183-227.

43. PAREDES PÉREZ, J. I., “La incidencia de los derechos fundamentales en la ley aplicable al estatuto familiar”, *Anuario de derecho internacional privado*, n.º 10, 2010, pp. 475.

44. *Vid.* Como ejemplo el debate en torno a identidad y ciudadanía en las sociedades multiculturales que analiza FEMENÍAS, M. L., “Democracia, identidad y ciudadanía: las figuras de los márgenes”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 45 (2011); pp. 89-107.

45. Ver los fundamentos de la actuación del derecho basándose en la repugnancia que por ejemplo realiza NUSSBAUM, M. C., *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley*, Princeton, Princeton University Press, 2004, pp. 149-194.

La actuación de los poderes públicos en los casos de matrimonios forzados aparece así como una actuación estatal que libera a estas mujeres de sus yugos culturales⁴⁶.

También a veces se interviene en legislación migratoria para prevenir los matrimonios forzados, elevando la edad del cónyuge que quiere reagrupar a su esposo/a nacional de un tercer país. El argumento detrás de estas medidas es que así las posibles víctimas de matrimonios forzados serán más mayores, y por lo tanto más maduras, así como con mayor nivel educativo y capacidad económica para no someterse a las presiones familiares. Pero la mayoría de los autores han sido sumamente críticos con esta medida⁴⁷. Se ha demostrado que estas medidas buscan más controlar los flujos migratorios que proteger a las víctimas, que resulta discriminatorio, que por sí solo no previene los matrimonios forzados, que interfiere con los matrimonios por amor y puede llegar a ser constitutivo de violación de los derechos humanos de las personas⁴⁸.

Recientemente en la esfera internacional, el problema de los matrimonios forzados se ha vinculado a un problema ligado a los flujos migratorios, y se ha calificado los matrimonios forzados como una nueva forma de trata de personas. Esta aproximación a los matrimonios forzados no excluye la consideración de los matrimonios forzados como una violación de derechos humanos. Pero su inclusión por ejemplo en informes de las Naciones Unidas sobre formas de esclavitud contemporáneas⁴⁹, o en la Directiva europea 2011/36/UE del Parlamento y del Consejo de 5 abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, tiene consecuencias en las legislaciones y actuaciones en materia de políticas públicas de los Estados, que tienden cada vez más, a vincular los matrimonios forzados con un problema migratorio, y no como una violación de derechos humanos.

4.3. Los matrimonios forzados como una violación de derechos humanos

Independientemente de cuál es la opción legal que cada Estado tome sobre los matrimonios forzados, y cuál es la fundamentación que legitima dicha intervención, los matrimonios forzados suponen una violación al derecho fundamental de consentir libremente el matrimonio, recogido en numerosos instrumentos legales

46. GILL, A. K. and ANITHA, S. *op. cit.*, pp. 12-13.

47. Ver por ejemplo BREDAL, A. "Border control to prevent forced marriages: choosing between protecting women and protecting the nation" en GILL, A. K. and ANITHA, S. *op. cit.*

48. CHANTLER, K., "Recognition of and Intervention in Forced Marriage as a Form of Violence and Abuse", *Trauma, Violence & Abuse*, 13 (3), 2012, pp. 176-183.

49. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2002): "La abolición de la esclavitud y sus formas contemporáneas" "Informe de la Relatora especial sobre Derechos Humanos de las Víctimas de la trata de personas, especialmente mujeres y niños (2007).

internacionales: el artículo 16.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), la Convención internacional sobre derechos civiles y políticos (1966), o la Convención internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales (1966).

También existen otros instrumentos jurídicos que condenan los matrimonios forzados, sobre todo entre cónyuges que tienen una edad inferior a la edad legal para consentir matrimonio: como por ejemplo el artículo 1 de la Convención de los Derechos del Niño (que recomienda a los Estados miembros establecer la edad de 18 años como edad mínima legal) o la Convención para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación de la Mujer (CEDAW) que prohíbe de manera explícita los matrimonios forzados.

Los matrimonios forzados también violan la protección dispensada al derecho a la integridad física y moral: por ejemplo el artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Pero si se aborda solo como un problema de derechos humanos, la cuestión del consentimiento deviene problemática⁵⁰. Además aceptar los derechos de las mujeres como derechos humanos, todavía resulta un asunto problemático, y aun más, en la tensión entre la universalidad de los derechos humanos y la crítica a su sujeto occidental y varón, y el respeto a la diversidad cultural⁵¹.

4.4. Matrimonios forzados como una forma de violencia de género

En conexión con la consideración de los matrimonios forzados como una violación de diferentes derechos humanos, es de destacar las reflexiones que califican la violencia de género (entendiendo los matrimonios forzados como una forma de violencia de género) como graves violaciones del derecho fundamental a la dignidad humana⁵².

Algunos autores/as⁵³ defienden que los matrimonios forzados son una forma de violencia de género de acuerdo a la definición de las Naciones Unidas de violencia contra las mujeres⁵⁴, porque tiene un impacto desproporcionado en las mujeres (85 por ciento de los casos), implica una expresión del poder de los hombres sobre las mujeres en nuestras sociedades, e incluye violencia física, psíquica, violencia sexual.

50. GILL, A. K. and ANITHA, S., *op. cit.*, pp. 39.

51. Un análisis ilustrativo de estos problemas se puede encontrar en FACCHI, A., "Derechos de las mujeres y derechos humanos: un camino entre igualdad y autonomía", *Derechos y Libertades*, num. 25, época II, junio 2011, pp. 55-86.

52. Ver por ejemplo DE ASÍS, R., "Algunas reflexiones sobre la violencia de género" en RODRIGUEZ PALOP, M. E.; CAMPOY CERVERA, I.; REY PÉREZ, J. (eds.), *Desafíos actuales a los Derechos Humanos: la violencia de género, la inmigración y los medios de comunicación*, Madrid, Dyckinson, 2005, pp. 37-45.

53. Ver por ejemplo GILL, A. K. and ANITHA, S., *op. cit.*

54. Artículo 1 de la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (1993).

Consideran además que entraría en la definición de continuum de la violencia de género⁵⁵ de:

“Experiencias que incluyen un continuum de comportamiento violento y abusivo, secuestro, maltrato, violación y violencia sexual, tanto en el momento de entrar en el matrimonio, como durante o cuando se intenta abandonar dicha relación”⁵⁶.

Aunque también hay voces⁵⁷ que critican este abordaje porque creen que aunque este pueda ser el caso de los supuestos más extremos de matrimonios forzados, no todos los casos son así, y la respuesta legal frente a los matrimonios forzados como frente a la violencia de género, lo que hace es infantilizar o convertir en personas vulnerables a las mujeres víctimas de matrimonios forzados automáticamente.

A pesar de compartir las críticas a las carencias actuales de la intervención legal en materia de matrimonios forzados, o de otras formas de violencia de género, el debate de si otros instrumentos como el consenso entre las familias o la mediación son idóneos en caso de violencia de género es muy complejo. Hay serias dudas de que pueda haber ningún tipo de mediación, consenso o diálogo entre partes desiguales cuando existe violencia de género⁵⁸. Igualmente es sumamente difícil distinguir, qué formas de matrimonios pactados se mantienen fuera de la violencia de género (y por lo tanto podría ser susceptible el consenso y la mediación) y cuando se convierten en matrimonios forzados (donde ya existe violencia de género).

Existe, por tanto, todo un debate sobre si los matrimonios forzados son una cuestión puramente cultural, o es simplemente una forma de violencia de género, o las dos cosas a la vez⁵⁹.

4.5. Matrimonios forzados como una utilización fraudulenta de la institución familiar

Los matrimonios forzados han merecido cierta atención jurídica por parte de los diferentes Estados desde el momento que pueden considerarse una utilización fraudulenta de la institución matrimonial. En estos casos, la actuación legal tiene

55. KELLY, L., *Surviving Sexual Violence*, Oxford, Polity Press, 1988.

56. Traducción de la autora de:

“Experiences of FM, which can include a continuum of violent and abusive behaviour, abduction, battering, rape and sexual violence, at the point of entry into marriage, during marriage and when attempting to leave such relationships” de GILL, A. K. and ANITHA, S., *op. cit.*, pp. 38-39.

57. SHARIFF, F., *op. cit.*

58. Ver por ejemplo BODELÓN, E., “La custodia compartida desde un análisis de género: estrategias machistas para invisibilizar la violencia en las rupturas familiares” en PICONTO, T.: *La custodia compartida a debate*, Madrid, Dyckinson, 2013.

59. CHANTLER, K., *op. cit.*

como finalidad controlar los flujos migratorios y limitar la posibilidad de reagrupamiento familiar⁶⁰. En consecuencia, se sitúa en el mismo plano de preocupación legal los matrimonios forzados con los matrimonios simulados.

Existen toda una serie de problemas comunes a esta diversidad de intervenciones legales:

- Los abordajes legales la mayoría de las veces se centran en la existencia o no de un consentimiento libre para contraer matrimonio, están presuponiendo un sujeto libre y autónomo que puede elegir y actuar, sin estar influido por condicionamientos de sexo, raza. Una vez más el derecho está tomando como sujeto normativo un hombre blanco⁶¹.

También existen críticas desde el feminismo a la construcción de una autonomía de la voluntad inherente de una sociedad de sujetos libres e iguales. Algunos autores/as, ponen en duda, que se pueda predicar esa libertad e igualdad, y critican el falso universalismo de la sociedad contractual⁶².

“No se nace libre, se hace libre el sujeto como un efecto colateral de la capacidad de pensar, elegir y actuar en las relaciones con otros sujetos y en el marco de estructuras democráticas”⁶³.

- Las mujeres que se enfrentan a un matrimonio forzado, si se niegan, serán expulsadas de su comunidad y desprovistas de su identidad, además de que se verán arrojadas a una sociedad hostil y racista hacia ellas. Esta perspectiva, ya de por sí constituye suficiente coerción como para dudar de que puedan ejercer un verdadero consentimiento libre a la hora de casarse⁶⁴.
- Una cuestión que genera confusión en la atención legal de los matrimonios forzados, es que las mujeres víctimas de matrimonios forzados tienen actitudes aparentemente contradictorias: por una parte quieren evitar o huir de los matrimonios forzados, pero por otro lado, no quieren iniciar acciones legales contra sus familiares, pues los quieren, y desean también mantener canales de comunicación futura. Por eso, en ocasiones las propias víctimas intentan justificar o explicar el comportamientos de sus padres, como presionados por la comunidad⁶⁵.
- También se critica que las intervenciones legales aborden el problema de los matrimonios forzados, como un problema que tienen sólo esas mujeres que

60. Ver por ejemplo GARCÍA RODRIGUEZ, I., *op. cit.*

61. PHILLIPS, A. “Free to decide foroneself”, en O’NEILL, D.; SHANLEY, M. L.; YOUNG, I. M., *Illusion of consent. Engagingwith Carole Pateman*, Pennsylvania, The Pennsylvania State University Press, 2008; CHANTLER, K., *op. cit.*

62. Ver por ejemplo las críticas sobre el caso de las mujeres en PATEMAN, C., *op. cit.*; OKIN, S. M., *op. cit.*

63. RUBIO, A., “Ciudadanía y sociedad civil: avanzar en la igualdad desde la política” en RUBIO, A., HERRERA, J. (coord.), *op. cit.*, pp. 32.

64. GILL, A.K. and ANITHA, S., *op. cit.*, pp. 54.

65. GUPTA, T. and SAPNARA, K., “The court, the law and the effectiveness” en GILL, A. K. and ANITHA, S., *op. cit.*, pp. 163.

son discriminadas por su cultura. El derecho presupone que es su cultura quien coarta su autonomía. En cambio hay autoras que critican este punto de vista⁶⁶, y muestran que la falta de autonomía se debe a la situación de desventaja económica, social y de racismo que estas mujeres sufren.

La intervención legal dominante en occidente frente a los matrimonios forzados se asocia con la idea de que el sentido moral y de justicia occidental es superior, porque es capaz de identificar y demostrar a los no occidentales su situación de opresión.

- Existen algunos autores/as⁶⁷ que incluso afirman que la intervención estatal ante el fenómeno de los matrimonios forzados se ha centrado excesivamente en la regulación (por ejemplo a través de su tipificación) o en la salida (por ejemplo medidas legales que permitan a las mujeres salir de un matrimonio forzado). Denuncian que se ha intentado, e investigado poco sobre las posibilidades que ofrece abordar los matrimonios forzados con la implicación de la comunidad (entendiendo la implicación de la comunidad como algo que va más allá de consulta unilateral con las comunidades afectadas). Poca investigación cualitativa se ha hecho para entender cuáles son las relaciones de poder que se establecen dentro de la comunidad y cómo puede ser cambiadas.

Apenas se tiene en cuenta las posibilidades de facilitar la autonomía a través de la implicación de la comunidad. En la mayoría de la literatura existe la presunción de que en los casos de matrimonios forzados no puede haber autonomía. Este punto de vista tiende a juzgar a las mujeres a través de patrones occidentales de individualismo que perciben la diferencia cultural como un choque de valores: nuestros valores progresistas contra sus valores ancestrales anclados en la tradición.

- En los procesos matrimoniales del sudeste asiático, se prioriza el consenso frente al concepto occidental del consentimiento libre. La importancia que se concede a la familia y a la comunidad hace que el proceso sea muy complejo, lleno de ponderaciones y negociaciones.

Algunos autores/as⁶⁸ señalan como el abordaje civil de los matrimonios forzados y la consideración si ha existido o no un consentimiento libre es difícil en el caso de los matrimonios de las comunidades del sur de Asia, donde no existe un concepto individualista del consentimiento. Estos autores/as proponen que se debería investigar las capacidades del consenso. Aunque padres e hijos/as no tienen una situación de igualdad que les permita llegar a un acuerdo, si que existe un cierto margen de que la gente joven exprese sus preferencias, e incluso de llegar a convertir en una cuestión de honor familiar el haber elegido esposo/a consensuando con los hijos. Tienen una

66. Ver por ejemplo JAGGAR, A. M., *op. cit.*, o SHARIFF, F., *op. cit.*

67. Ver por ejemplo SHARIFF, F. *op. cit.*, pp. 549-565.

68. Ver por ejemplo SHARIFF, F. *op. cit.*

visión muy crítica sobre el concepto predominante de consenso, etnocéntrico, y presumiblemente entre partes iguales, cuando la mayoría de las veces, el consenso se llega entre partes que no son iguales, tras largos procesos de negociación, en el que a una parte se le reconoce cierto derecho a veto.

Pero este punto de vista entra en colisión con la definición de autonomía, libertad individual y teoría contractualista imperante en nuestros Estados de derecho desde la Ilustración, y en los que se basa nuestro ordenamiento jurídico.

- Igualmente la ampliación de la coerción que incluye también la presión emocional⁶⁹, más allá de la coerción física, económica, sitúa los matrimonios pactados en una zona gris, donde es difícil discernir qué es matrimonio forzado y qué es matrimonio concertado.

Aunque muchos matrimonios forzados tienen que ver con desestructuración familiar y violencia intra familiar, no todos son así. Los antropólogos sociales han visto que muchas veces los matrimonios concertados (que pueden convertirse en matrimonios forzados) son una forma de competir entre familias migrantes, quienes conservan mejor la identidad de origen, y mantienen mejor el honor.

5. CONCLUSIONES

El fenómeno de los matrimonios forzados debe ser abordado por parte del Estado, como un fenómeno que atenta contra los derechos humanos y puede suponer una forma de violencia de género. No se trata de una cuestión de opresión de las mujeres que se explica únicamente a través de la cultura, ni tampoco desde la religión.

Es deseable la intervención del derecho en el caso de los matrimonios forzados, aunque siendo conscientes que ésta no es la única manera de dar una respuesta a este fenómeno, y que se debería acompañar de otras medidas como la implicación de las comunidades y una mayor conocimiento y sensibilidad por parte de los actores estatales que intervengan.

Las categorías legales tradicionales que se utilizan actualmente en el abordaje de los matrimonios forzados en los diferentes países europeos, parten una vez más, de un sujeto normativo varón, blanco y burgués. También están desprovistas de consideraciones sobre el contexto, y las relaciones de poder en los que estos sujetos expresan su consentimiento y ejercen su autonomía.

Igualmente se presupone que los valores morales occidentales son superiores a los valores dominantes en otras culturas y/o comunidades, y se concibe el de-

69. Este ha sido el caso de la jurisprudencia más reciente en el Reino Unido y en Francia.

recho como un instrumento liberador y como garante de esta superioridad moral y política occidental⁷⁰.

De ahí, que cuestiones como la valoración del consentimiento libre, la utilización de la coerción, o la respuesta penal, no son suficientes para garantizar una verdadera protección de los derechos humanos de estas mujeres y la garantía de su autonomía⁷¹. O al menos no lo son en la manera que actualmente están configurados, interpretados y aplicados en nuestros ordenamientos jurídicos.

Quizás se necesiten nuevas categorías jurídicas para dar respuesta a la experiencia de violencia que las mujeres padecen, para ser susceptibles de reflejar la intersección de género, raza y cultura, como por ejemplo, el derecho a vivir una vida libre de violencia de género⁷².

70. Vid. por ejemplo las críticas del feminismo postcolonial en NARAYAN, U. & HARDING, S. (edited): *Decentering the center: philosophy for a multicultural, postcolonial, and feminist world*, Bloomington, Indiana University, 2000.

71. Vid., las críticas del consentimiento tal y como está regulado en nuestra sociedad en MARZANO, M., *Consiento, luego existo*, Cánoves i Samalús, Proteus, 2009; o las nuevas construcciones de derechos en NUSSBAUM, M., *Creating capabilities: the human development approach*, Cambridge, Belknap, 2011.

72. MACKINNON, C., *op. cit.*; BODELÓN, E., “Les dones i les noves legislacions sobre els seus drets: el cas del dret a la seguretat”, *Revista Catalana de Seguretat Pública*, 20, Maig 2009, pp. 79; NAREDO, M., “Adequació De les polítiques públiques de seguretat a les necessitats de les dones: una qüestió urgent”, *Revista Catalana de Seguretat Pública*, 20, Maig 2009, pp. 61-73.

